

TRATAMENTO DO CÂNCER COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO:
das concessões em demandas individuais ao efeito *cliquet*

TRATAMENTO DO CÂNCER COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO: DAS CONCESSÕES EM DEMANDAS INDIVIDUAIS AO EFEITO *CLIQUE*

Thiago dos Santos Rocha¹

RESUMO

O direito à saúde está diretamente vinculado ao direito à vida. O núcleo essencial desse direito escapa às limitações impostas pelo orçamento. Assim, esse direito resta dotado de eficácia positiva ou simétrica. No que concerne ao tratamento do câncer, a Lei 12.732/12 veio conferir direitos públicos subjetivos a cirurgias, medicações, quimioterapia e radioterapia.

Palavras-chave: Saúde. Câncer. Reserva do possível. Efeito *cliquet*.

ABSTRACT

The medical care right has a straight approximation to the right to live. The core of that right escapes to the boundaries of budget. That way, it can be put in practice through its direct efficacy. When it concerns to the cancer treatment, Brazilian federal law 12.732/12 has considered surgeries, medicines, chemotherapy and radiotherapy as rights.

Keywords: Medical treatment. Cancer. Budget. *Cliquet* effect.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde é um direito social que demanda prestações positivas do Estado. A escassez de recursos, no entanto, é fator limitador de sua efetivação. É a denominada reserva do possível, pressuposto

¹ Advogado, graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão e pós-graduando em Direito Constitucional Aplicado pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus.



fático a ser observado pelo administrador da coisa pública ao fazer as “escolhas trágicas”.

Há que se notar, porém, que a efetivação do núcleo essencial do direito à saúde do paciente portador de neoplasia maligna supera a questão orçamentária, levando-se em conta a denominada densidade suficiente do direito fundamental, mais conhecida na doutrina por mínimo existencial. A “zona periférica” dos direitos fundamentais é que vai depender de gradativa efetivação pela atividade do legislador infra-constitucional.

O Poder Público, no caso de omissão em garantir o mínimo existencial aos cidadãos, cria espaço para a judicialização do direito à saúde. Há grandes debates acerca do tema, em razão do impacto orçamentário que as decisões judiciais podem acarretar. E até mesmo em função de não ter havido a escolha dos membros do Poder Judiciário por meio do sistema representativo, para que pudessem adotar decisões de natureza política, tal como ocorre com os membros dos Poderes Legislativo e Executivo.

Em 2012, a Lei 12.732 surgiu com o objetivo de conferir direitos públicos subjetivos no que tange ao tratamento do câncer, para garantir, na rede pública, cirurgia, medicamentos quimioterápicos e radioterapia. Pode-se falar, assim, na configuração do efeito *cliquet*, que recebe outros nomes, como efeito catraca, *entrenchment* e vedação de retrocesso.

É bem verdade que o efeito *cliquet* não pode produzir um engessamento da produção normativa do Poder Legislativo. A vedação de retrocesso, assim, não haverá de ser considerada em termos absolutos. No entanto, é preciso preservar os núcleos essenciais dos direitos fundamentais. Uma vez consolidadas determinadas políticas públicas em matéria de direitos fundamentais sociais, elas poderão ser alteradas, mas não extintas, causando um vácuo onde antes havia uma determinada proteção.

O presente artigo aborda essas temáticas.

1 NEOCONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo contemporâneo teve seus contornos traçados desde o término da Segunda Guerra Mundial. Constitui-se numa crítica ao positivismo puro, que foi a base de legitimação de regimes totalitários como o nazismo e o fascismo. Foi sob a ótica das leis que o



regime de Hitler praticou atrocidades contra milhões de judeus. Contra esse legalismo é que se passou a fazer uma leitura moral do Direito e da Constituição.

De acordo com o positivismo, as normas de princípio, possuindo fórmulas vagas, referências a aspirações ético-políticas, promessas não realizáveis de imediato, esconderiam um vazio jurídico e produziriam uma contaminação das verdadeiras normas jurídicas com afirmações políticas e proclamações de boas intenções. Normas-princípio inspirariam desconfiança e não poderiam ser alegadas perante um juiz pelos interessados (ZAGREBELSKY, 2011, p. 112-113).

A doutrina do positivismo jurídico é embasada num rígido dualismo entre o ser e o dever-ser e, assim, acusa de incorrer numa falácia jusnaturalista toda concepção que derive dos juízos de valor. Ocorre que na segunda metade do século XX, a teoria do Direito observou importância da adoção dos princípios como normas, explícitas ou implícitas, nas constituições. A doutrina reconhece essa nova etapa do fenômeno jurídico como sendo o neoconstitucionalismo.

A dignidade da pessoa humana passou a ser valorizada. Os princípios foram erigidos à categoria de normas. Da mesma forma, no que tange à hermenêutica constitucional, surgiu a ideia de sociedade aberta de intérpretes. Peter Häberle (2002, p. 13) entende que todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão envolvidas na interpretação, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.

Com a doutrina do alemão Konrad Hesse, passou-se a reconhecer a força normativa da Constituição. O autor, em sua clássica obra “A Força Normativa da Constituição”, defende que a Constituição jurídica é dotada de força própria, que motiva e ordena a vida do Estado, independentemente da Constituição real. É dizer: suas ideias são uma negação à tese de Ferdinand Lassalle, para quem a Constituição constitui a soma dos fatores reais de poder.

Hesse também nega o positivismo jurídico de Paul Laband e Georg Jellinek, bem como o “positivismo sociológico” de Carl Schmitt, a partir do momento em que tenta estabelecer um vínculo direto entre a Constituição e a realidade.

A Constituição não configura apenas a expressão de um ser, mas também de um dever-ser, significando muito mais do que um simples



espelho das condições fáticas de sua vigência. Ela é determinada pela realidade social, mas também determina essa mesma realidade, pois é a Constituição que impõe tarefas, fazendo com que estejam presentes na consciência geral a vontade de poder e a vontade de Constituição (HESSE, 1991, p. 19).

Há uma convivência de valores muitas vezes contraditórios nesse constitucionalismo contemporâneo. Os problemas passam a não ser de mera subsunção e sim de ponderação de interesses. Max Möller (2011, p. 21) dispõe a respeito desse fenômeno do século XX:

Protagonismo judicial, perda da hegemonia da lei como fonte de direito, aplicação direta da constituição, presença de enunciados normativos abertos ou sem consequências jurídicas preestabelecidas, influência de conteúdos e discussões morais na aplicação das normas jurídicas, violação da separação dos poderes, desrespeito às decisões das maiorias por autoridades não democraticamente legitimadas como os juízes, falta de segurança jurídica sobre as amplas possibilidades de interpretação permitida pela aplicação direta das constituições, etc. Enfim, todos os debates acima elencados têm ocupado grande espaço na cena jurídica atual. Decorrem, como pode ser percebido, de uma mudança de cultura jurídica, que provocou a consolidação da constitucionalização forte de muitos ordenamentos jurídicos. Essa mudança de paradigma tem como grande responsável um movimento que, já desde o pós-guerra, criticava o modelo jurídico do Estado legislativo liberal.

O protagonismo judicial observado no neoconstitucionalismo garantiu e garante a efetivação de direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde.

2 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE E A MÁXIMA EFETIVIDADE

Os direitos sociais são normas de cunho programático, dotadas de alta carga axiológica, que dependem de regulamentação por parte do Poder Legislativo e da execução de políticas públicas pelo Executivo para que sejam efetivados. São direitos com de baixa densidade normativa. Na sua efetivação, muitas vezes buscar-se-á como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana.



No neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário passou a ser dotado de maiores poderes, passando a interferir na política. Todos os ramos do Direito vão parar na Constituição. Os problemas passam a não ser mais de mera subsunção, e sim de ponderação de conflitos. Há o reconhecimento de força normativa para as normas programáticas.

No início do século XX, a Constituição de 1934, apesar de ter sido a primeira a institucionalizar um Título destinado à Ordem Econômica e Social, não representou o resultado de grandes revoltas populares. Significou apenas uma alteração dos contornos políticos da época. O embate entre as classes dominantes tinha se alterado, a oligarquia cafeeira foi enfraquecida pela burguesia industrial. Os direitos sociais ganharam uma roupagem de mera diretriz ética a ser seguida quando e na forma que o Poder Executivo bem entendesse.

José Afonso da Silva (2006, p. 286) entende que não é fácil estreimar, com clareza, os direitos sociais dos direitos econômicos. O trabalho é um componente das relações de produção e, nesse sentido, tem dimensão econômica indiscutível. A Constituição tomou partido a esse propósito, ao incluir o direito dos trabalhadores como espécie dos direitos sociais, e o trabalho como primado básico da ordem social (arts. 7º e 193).

A Constituição de 1988 é que vai consagrar, em seu art. 5º, §1º, o princípio da máxima efetividade, segundo o qual as normas a respeito de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata. Significa dizer que, mesmo nos casos de normas de eficácia limitada de princípio programático, que têm baixa densidade normativa em função de dependerem das atuações estatais, haverá de existir não uma simples recomendação constitucional, mas sim um comando a ser cumprido. Trata-se de um mandado de otimização, uma norma que diz “os direitos fundamentais devem ser realizados na medida do possível”. Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 336) assevera:

Também chamada de técnica da eficiência ou da interpretação efetiva. Seu escopo é imprimir eficácia social ou efetividade às normas constitucionais, extraindo-lhes o maior conteúdo possível, principalmente em matéria de direitos fundamentais. O objetivo desse princípio é dar às normas uma concretização, fazendo prevalecer os fatos e os valores nelas previstos.

Bulos (2007, p. 336) adverte, todavia, a respeito da “síndrome de inefetividade das constituições”. Existe na jurisprudência o argumento segundo o qual certas normas não poderiam ser aplicadas nas situações



em que não haja regulamentação pelo legislador. Isso tornaria o princípio da máxima efetividade uma utopia no Brasil.

O Estado Social surgiu para atender às necessidades de índole assistencial da sociedade num contexto histórico do início do século XX, após o final da Primeira Guerra Mundial. Eclodiu o conceito de *Welfare State*, que teve nas políticas públicas a sua razão de ser. Os direitos sociais, chamados de direitos fundamentais de segunda dimensão, vieram à tona com a decadência dos valores do liberalismo. As Constituições Mexicana (1917) e Weimar (1919) preocuparam-se com a incorporação de elementos econômicos e sociais. Antonio Enrique Pérez Luño (2011, p. 35) afirma:

La Constitución de Méjico de 1917 puede considerarse como el primer intento de conciliar los derechos de libertad con los derechos sociales, superando así los polos opuestos del individualismo y del colectivismo. Pero, sin duda, el texto constitucional más importante, y el que mejor refleja el nuevo estatuto de los derechos fundamentales en el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho, es la Constitución germana de 1919. En la segunda parte de dicha norma básica se formulaban los «derechos y deberes fundamentales de los alemanes», reconociéndose, junto a las libertades individuales tradicionales, derechos sociales referidos a protección de la familia, la educación y el trabajo.

Na efetivação desses direitos sociais, existe uma margem de discricionariedade que a lei entrega ao administrador para definir os rumos das políticas públicas e realizar as “escolhas trágicas”. Ocorre que atualmente há uma ampliação do controle jurisdicional sobre a legalidade dessas opções administrativas. O Judiciário utiliza do princípio da razoabilidade para dirimir dúvidas a respeito da margem de discricionariedade em cada caso concreto.

Com isso, não se está querendo dizer que o Judiciário possa invadir as opções do administrador, ou seja, o mérito administrativo. Realiza, sim, o controle sobre eventuais vícios de finalidade ou competência dos atos administrativos.

A omissão ou negativa do Poder Público em fornecer medicamentos a pacientes que não têm condições de arcar com os custos de um tratamento de alto custo, por exemplo, configura violação frontal à



dignidade da pessoa humana e aos direitos à vida e à saúde, protegidos pela Carta de 1988, ainda que isso venha a afetar orçamentos públicos.

A interpretação sistemática dos arts. 6º, 196 e 227 conduz a essa conclusão, levando-se em consideração o princípio da unidade da Constituição. Obviamente, deverão ser respeitados os princípios da razoabilidade e eficiência, não se considerando razoável um tratamento cuja eficácia não esteja comprovada.

Cabe ao intérprete da Constituição, assim, valer-se do princípio da máxima efetividade com a finalidade de densificar direitos sociais. Os demais princípios de interpretação constitucional também deverão ser utilizados na perseguição desse fim. São eles: princípio da concordância prática; princípio do efeito integrador; princípio da conformidade funcional ou da justeza; princípio da unidade da Constituição e a força normativa da Constituição.

3 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE ENQUANTO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

Importante contribuição na doutrina nacional para a compreensão dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos é a obra de Ana Paula de Barcellos, que trata da eficácia jurídica das normas constitucionais.

Em primeiro lugar, é importante notar que eficácia jurídica seria um atributo associado aos enunciados normativos, consistindo naquilo que se poderia exigir, judicialmente se necessário, com fundamento em cada um deles (BARCELLOS, 2011, p. 75).

A modalidade classificatória denominada eficácia positiva ou simétrica (BARCELLOS, 2011, p. 77) da norma jurídica utiliza a fórmula de criar um direito subjetivo para aquele que seria beneficiado ou simplesmente atingido pela realização dos efeitos do comando normativo e não o foi para que ele venha a exigir no Poder Judiciário a produção dos referidos efeitos. É essa eficácia que interessa para a compreensão da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais.

Traga-se à baila a lição de Luís Roberto Barroso (2009, p. 318-319), que ao tratar da eficácia dos princípios jurídicos, trabalha conceito semelhante:

Pela eficácia direta, já referida, também, como positiva ou simétrica, o princípio incide sobre a realidade à se-



melhança de uma regra, pelo enquadramento do fato relevante na proposição jurídica nele contida. Muito comumente um princípio constitucional servirá de fundamento para a edição de uma regra legal. Por exemplo: com base no princípio da isonomia, uma lei institui e disciplina determinada modalidade de ação afirmativa. Porém, a hipótese que aqui interessa especialmente é a da incidência do princípio sem essa intermediação legislativa. Por ilustração: com base no princípio da isonomia, alguém postula uma equiparação salarial ou remuneratória; ou alguém se exonera do pagamento de um tributo, sob o fundamento da inobservância do princípio da reserva legal. Portanto, e em primeiro lugar, um princípio opera no sentido de reger a situação da vida sobre a qual incide servindo como fundamento para a tutela do bem jurídico abrigado em seu relato.

Violado o núcleo essencial do direito à saúde, diretamente vinculado ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana, haverá a possibilidade de tal direito ser demandado em juízo. As ideias de Barcellos e Barroso casam perfeitamente com a doutrina estrangeira de Rodolfo Arango, que aborda a mesma temática.

Arango (2005, p. 8-9) entende que o direito subjetivo pode ser entendido como o poder legal reconhecido a um sujeito através de uma norma, conferindo-lhe capacidade de exigir de outrem – que será o detentor de uma obrigação – um fazer, permitir ou omitir algo. Daí se depreende que as características do direito subjetivo em sentido estrito são: a presença de uma norma jurídica, uma obrigação jurídica e uma posição jurídica. Os direitos sociais possuem essas características e por isso podem ser enquadrados como direitos subjetivos.

Para Hans Kelsen (2003, p. 151), o direito subjetivo em sentido técnico faz surgir uma pretensão como ato juridicamente eficaz contra outrem. Direito subjetivo, em Kelsen, é o poder jurídico de o indivíduo fazer valer através de uma ação (justiciabilidade) o não cumprimento de um dever jurídico em face dele existente.

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo (2013, p. 137) mencionam:

Quanto ao objeto do direito à saúde como direito subjetivo, nota-se uma forte tendência à afirmação de posições subjetivas originárias a prestações materiais (portanto, a condenação do Poder Público ao fornecimento



de prestações com base na aplicação direta da CF, ou seja, impostas ao poder público mesmo sem previsão legal ou regulamentar específica) especialmente nos casos de iminente risco à vida humana (como, aliás, amplamente reconhecido no direito estrangeiro) e/ou quando em causa o assim chamado mínimo existencial. Com efeito, a partir do significativo precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE-AgR 271.286/RS, e ressalvadas anteriores decisões isoladas, a jurisprudência dos Tribunais Superiores e das instâncias ordinárias vem admitindo posições subjetivas originárias a diversas prestações materiais em saúde. No julgamento da ADPF-MC 45/DF, e apesar da extinção da ação por superveniente perda de objeto, asseverou o Pretório Excelso que a efetivação do direito à saúde atrela-se à garantia de proteção ao mínimo existencial, devendo-se interpretar “com reservas” a alegação estatal de violação à reserva do possível. Mais recentemente, destaca-se o acórdão exarado no julgamento da STA-AgRg 175/CE, relator ministro Gilmar Mendes, em que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, buscando estabelecer alguns parâmetros à efetividade administrativa e judicial do direito à saúde, asseverou: a) a competência do Judiciário para o controle das políticas públicas, notadamente porque o problema está no descumprimento de diretrizes legislativas já existentes; b) a existência de direito subjetivo sempre que haja omissão estatal no cumprimento de política pública de saúde antes estabelecida; c) o caráter simultaneamente coletivo e individual do direito à saúde; d) a solidariedade dos entes federativos na consecução da assistência à saúde, conforme as competências constitucionais comuns e o princípio da lealdade à Federação, primando-se pela construção de um modelo cooperativo na definição das responsabilidades internas de cada ente, notadamente quanto ao financiamento; e) presunção em favor dos tratamentos oferecidos pelo SUS, porque respaldados na Medicina Baseada em Evidências (EvidenceBased Medicine), embora possível a impugnação judicial diante da ineficácia ou impropriedade da política pública existente ou de omissão administrativa na inclusão de novos tratamentos, assegurada, em qualquer caso, ampla produção probatória; f) a necessidade de análise individualizada do caso, que pode justificar a intervenção do Judiciário ou da Administração, para assegurar o fornecimento de tratamento diferente da-



quele usualmente custeado pelo SUS, pois ineficaz frente às condições pessoais do indivíduo; g) a impossibilidade de condenação do Estado ao fornecimento de tratamentos experimentais; h) a relevância do registro dos medicamentos pleiteados junto à ANVISA, cuja ausência, porém, não constitui circunstância intransponível; i) a natureza programática inerente ao direito à saúde, cuja efetivação permanece aberta à evolução da medicina.

Os princípios de interpretação constitucional também vão servir de suporte para que se busque a eficácia materializante dos direitos sociais. São os já mencionados princípio da unidade da Constituição; princípio do efeito integrador; princípio da conformidade funcional; princípio da concordância prática; princípio da força normativa da Constituição; e princípio da máxima efetividade.

José Felipe Ledur (2009, p. 91) entende que os direitos fundamentais sociais do art. 6º são direito objetivo, fonte imediata do direito subjetivo somente em hipóteses restritas, concernentes ao mínimo existencial e a situações existenciais de emergência. Para que a subjetivação se produza amplamente, seria indispensável a concreção desses direitos na Constituição ou na legislação infraconstitucional.

4 O EFEITO *CLIQUET*

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, define, no art. XXV, que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Tal seria o conceito de mínimo existencial, explanado por Walber de Moura Agra (2012, p. 309):

O princípio da densidade suficiente, ou mínimo existencial, consiste em se garantir aos direitos que exigem uma concretização jurídico-política, uma precisão de seu conteúdo, que ao mesmo tempo em que protege o substrato material contido na Constituição, não cerceia a discricionariedade de escolha inerente ao Poder Executivo e Legislativo, que é própria do regime demo-



crático. A importância do *entrenchment* da densidade suficiente dos direitos fundamentais, atuando concomitantemente no núcleo duro e na zona periférica, é a solidificação desses direitos no ordenamento, o que assegura a sua eficácia.

Entrenchment dos direitos fundamentais seria a vedação de retrocesso, também denominada efeito *cliquet* ou efeito catraca.

Na seara dos direitos sociais, o que vem a ser o efeito *cliquet*? A expressão, de origem francesa, é utilizada pelos alpinistas e significa “seguir para cima”. Designa um movimento em que só é permitida a subida no percurso, sem que se possa retornar voltar abaixo dos patamares já alcançados. Trata-se da ideia de vedação de retrocesso daqueles direitos já conquistados e que a comunidade tem como profundo senso de consolidação, com cristalização na lei. Saúde, alimentação, educação, entre outras prestações estatais que não podem ser objeto de “piora”, sem que haja as devidas medidas compensatórias. Aqui, pode-se lembrar do princípio do efeito integrador, segundo o qual a interpretação das normas constitucionais deve ser atualizada de forma tal a permitir a integração das comunidades e a unidade política e social.

Importante lembrar que o interesse público primário (do povo) prevalece sobre o secundário (interesse financeiro do Estado), no que tange à efetivação do mínimo existencial. É possível trazer à tona, ainda, o princípio da supremacia do interesse público ou da finalidade pública, que deve ser obrigatoriamente observado pela Administração Pública, em face da Lei nº 9.784/99, cujo art. 2º diz: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

5 SUBSTANCIALISMO E PROCEDIMENTALISMO

No neoconstitucionalismo, a tese do substancialismo é a que mais se coaduna com a concessão individualizada de medicações por meio das demandas judiciais, no sentido de efetivar os valores constitucionais, configurando o Estado de Bem-Estar.

A respeito de procedimentalismo e substancialismo, Ana Paula de Barcellos (2006, p. 37) assevera:



Além dos conflitos específicos, o neoconstitucionalismo convive ainda com um conflito de caráter geral, que diz respeito ao próprio papel da Constituição. Trata-se da oposição entre duas ideias diversas acerca desse ponto. A primeira delas sustenta que cabe à Constituição impor ao cenário político um conjunto de decisões valorativas, que se consideram essenciais e consensuais. Essa primeira concepção pode ser descrita, por simplicidade, como substancialista. Um grupo importante de autores, no entanto, sustenta que apenas cabe à Constituição garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de seus valores e de suas opções políticas. Nenhuma geração poderia impor à seguinte suas próprias convicções materiais. Esta segunda forma de visualizar a Constituição pode ser designada de procedimentalismo.

Para o procedimentalismo de Jürgen Habermas, a legislação política é que teria um papel central no Estado Democrático de Direito. Os procedimentalistas não aceitam as Constituições como consubstanciadoras de direitos substanciais, ou seja, positivadoras de valores fundamentais da ordem e da vida em comum. Essa corrente de pensamento faz críticas veementes à invasão da política e da sociedade pelo Direito.

Veja-se a crítica de Habermas (1997, p. 159) a respeito do Estado Social:

O paradigma do direito centrado no Estado social gira em torno do problema da distribuição justa das chances de vida geradas socialmente. No entanto, ao reduzir a justiça à justiça distributiva, ele não consegue atingir o sentido dos direitos legítimos que garantem a liberdade, pois o sistema dos direitos apenas interpreta aquilo que os participantes da prática de auto-organização de uma sociedade de parceiros do direito, livres e iguais, têm que pressupor implicitamente. A ideia de uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e de dignidade humana. Pois o aspecto distributivo da igualdade de *status* e de tratamento, garantido pelo direito, resulta do sentido universalista do direito, que deve garantir a liberdade e a integridade de cada um. Por isso, na sua respectiva comunidade jurídica, ninguém é livre enquanto a sua liberdade implicar a opressão do outro. Pois a distribuição simétrica dos direitos resulta do re-



conhecimento de todos como membros livres e iguais. Esse aspecto do respeito igual alimenta a pretensão dos sujeitos a iguais direitos. O erro do paradigma jurídico liberal consiste em reduzir a justiça a uma distribuição igual de direitos, isto é, em assimilar direitos a bens que podem ser possuídos e distribuídos. Nos entanto, os direitos não são bens coletivos consumíveis comunitariamente, pois só podemos “gozá-los” exercitando-os. Ao passo que a autodeterminação individual constitui-se através do exercício de direitos que se deduzem de normas produzidas legitimamente. Por isso, a distribuição equitativa de direitos subjetivos não pode ser dissociada da autonomia pública dos cidadãos, a ser exercitada em comum, na medida em que participam da prática de legislação.

Habermas entende que, para que seja atingida a igualdade de fato no Estado Social, ocorre necessariamente uma redução do espaço para a configuração da vida privada autônoma dos beneficiários. Como exemplo, pode ser citado o contrato de trabalho, no Direito do Trabalho, em que patrão e empregado regulam suas relações jurídicas por modelo que vem previsto na lei, reduzindo o espaço de atuação dos agentes privados em suas vontades. O Estado Social, assim, seria ambivalente, retirando liberdade e, ao mesmo tempo, concedendo-a.

Quanto ao substancialismo, é encampado por Paulo Bonavides, Mauro Cappeletti e Ronald Dworkin. Essa linha de pensamento defende que o Poder Judiciário siga uma postura mais intervencionista, abandonando o posicionamento individualista normativista do liberalismo.

A visão substancialista configura o Estado de Bem-Estar, até mesmo com a imposição pelo Poder Judiciário de obrigações de atendimento ao direito social à saúde em uma perspectiva individual. Observe-se que o motivo de se buscar uma medicação no Poder Judiciário é a violação ao núcleo essencial de um direito fundamental: a saúde.

Assim, no substancialismo entra em destaque o princípio da unidade da Constituição, a qual deve ser vista como um todo, num sentido de interpretação sistemática de suas normas. Segundo esse princípio, cabe ao intérprete harmonizar as tensões e contradições entre as normas constitucionais. Afinal, inexistente hierarquia entre normas originárias da CF.

Também entra em destaque a força normativa da Constituição, que não dita meros conselhos, mas sim regras e princípios que devem



ser observados pelos três Poderes. As normas jurídicas e a realidade devem ser consideradas em seu condicionamento recíproco. A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, e a Constituição não configura apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser. Assim, para ser aplicável, a Constituição deve ser conexa à realidade jurídica, social e política. Ela não é apenas determinada pela realidade social, mas também determinante desta.

Cabe ao Poder Judiciário tutelar os direitos sociais dos cidadãos, porém com a devida cautela: lembre-se do princípio da justeza da conformidade funcional, que tem por finalidade impedir que os órgãos encarregados da interpretação constitucional cheguem a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório funcional estabelecido pela Constituição. O Judiciário não pode subverter competências. Assegurar direitos, sim. Subverter os papéis do Legislativo e do Executivo, não.

6 CONTRAPONTO À CONCESSÃO DE MEDICAÇÕES PELO PODER JUDICIÁRIO

A reserva do possível seria a teoria de justificação da limitação dos gastos públicos com a efetivação de direitos sociais, levando em consideração os condicionamentos econômicos. Significa dizer que a limites de recursos públicos dão ensejo à seleção, por parte do legislador e do administrador, de quais direitos terão prioridade de proteção em razão de sua relevância, enquanto outros direitos serão apenas gradativamente realizados.

É inegável que o constitucionalismo latino-americano consagra um verdadeiro prejuízo social ao trazer à tona constituições dotadas de excessivas normas de eficácia limitada de princípio programático, ou seja, Cartas que contêm declarações de caráter genérico, que implicam metas a serem perseguidas, dependendo da mediação do Poder Legislativo para que sejam regulamentadas.

Marcelo Neves (1994, p. 104), em “A Constitucionalização Simbólica”, evidencia que, muitas vezes, essas normas programáticas são apenas simbólicas, sem real compromisso por parte dos agentes políticos para sua viabilização no plano dos fatos:

(...) A constituição simbólica está, portanto, estreitamente associada à presença excessiva de disposições pseudoprogramáticas no texto constitucional. Dela não



resulta normatividade programático-finalística, antes constitui um álibi para os agentes políticos. Os dispositivos pseudoprogramáticos só constituem “letra morta” num sentido exclusivamente normativo-jurídico, sendo relevantes na dimensão político-ideológica do discurso constitucionalista-social.

Nenhuma sociedade dispõe de recursos ilimitados para atender às demandas sociais por saúde, educação, habitação, alimentação. O art. 165, incisos II e III da Constituição é que define a iniciativa do Poder Executivo para leis que estabelecem o Plano Plurianual, as Diretrizes Orçamentárias e os orçamentos anuais.

Os Poderes Legislativo e Executivo é que podem atuar na seara orçamentária. O Judiciário não pode adentrar nessa esfera de competência, e nesse ponto, há de se recordar o princípio da conformidade funcional ou da justeza, segundo o qual não cabe aos órgãos subverter as competências que foram definidas na Constituição. Parte da doutrina posiciona-se no sentido de que o Judiciário não possui atribuição pra decidir sobre matérias que possam implicar aumento de despesa pública.

Um contraponto à concessão de medicamentos em demandas judiciais seria o princípio da relatividade, segundo o qual não há nenhum direito fundamental que seja absoluto. Não existe hierarquia normativa entre os direitos fundamentais. Em situações de conflito é que se deve verificar, por meio da aplicação do princípio da concordância prática, qual valor/bem há de preponderar.

De acordo com Inocência Mártires Coelho (2009, p. 136), o princípio da harmonização ou da concordância prática consiste numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, ao lidar com situações de choque entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo, não acarrete a negação de nenhum. Está intimamente ligado ao princípio da unidade da Constituição.

Isso significa que, de acordo com o princípio da harmonização, deve-se buscar a realidade ótima (*Optimale Wirklichkeit*) para cada caso concreto por meio da ponderação. Havendo normas que colidem no caso concreto, o intérprete tem o dever de coordenar e combinar bens jurídicos, realizando a redução proporcional de cada um deles.

Alexandre Santos de Aragão (2006, p. 6) aborda a questão da efetividade dos direitos fundamentais relacionados com a prestação de ser-



viços públicos, vez que essa prestação demanda elevado custo. O autor entende que a interpretação sistemática corrobora a vedação da ingerência do Poder Judiciário em seara que aumenta as despesas do Poder Executivo. Não sendo permitido o aumento de despesas em processos legislativos deflagrados pelo Poder Executivo (art. 63, I, CF), *a fortiori* não o será a criação originária de despesas mediante decisões judiciais, nos quais diuturnamente a Administração Pública se depara com as chamadas “escolhas trágicas”, submetidas à reserva do possível.

Ana Paula de Barcellos (2006, p. 43) explicita:

(...) Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral. A definição dos gastos públicos é, por certo, um momento típico da deliberação político-majoritária; salvo que essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais.

Ricardo Lupion (2013, p. 317), quando aborda a questão orçamentária, afirma que o aumento indiscriminado das demandas individualizadas resultaria na substituição da verba orçamentária prevista para atender a políticas de padronização de medicamentos para a coletividade em utilização para compra e fornecimento de determinado medicamento para um cidadão que obteve provimento jurisdicional. O autor entende que não é aceitável e compreensível que o atendimento do direito de saúde de um cidadão possa ser feito com o sacrifício de idêntico direito dos demais.

Gustavo Amaral e Danielle Melo (2013, p. 96) afirmam que a decisão ‘pró-remédio’ é estruturalmente fácil. A necessidade (estar doente) e adequação (necessidade do tratamento) são dados externos, trazidos por laudos médicos. Já a decisão contrária exige uma ponderação bem mais complexa.

António José Avelãs Nunes (2001, p. 35) defende que a norma constitucional determina o direito à saúde como um direito coletivo, que o estado deve garantir através de políticas públicas, e não apenas do tratamento da doença e da entrega de medicamentos, mas antes, prioritariamente, através de medidas que visam a redução do risco de



doença. O Supremo Tribunal Federal estaria agindo equivocadamente ao concebê-lo como direito individual.

O Estado pode se valer desses argumentos para se escusar da concessão do medicamento, alegando que o favorecimento do direito à saúde de uma única pessoa pode comprometer os recursos que seriam destinados à compra de medicações para abastecer um hospital, por exemplo.

Interessante mencionar, ainda, o posicionamento de Tiago Bana Franco (2013, p. 62), para quem os princípios da razoabilidade e dignidade da pessoa humana seriam “princípios curingas”:

Noutras palavras: o princípio da dignidade da pessoa humana é algo inerente ao ser humano, distinguindo-o como indivíduo, e que o faz detentor de um complexo de direitos e deveres, tanto individuais, como coletivos.

Eis aí o exemplo de uma definição que nada define.

Troque-se, para salientar a fragilidade do conceito, o termo dignidade da pessoa humana por alma humana, e se teria que a alma humana é algo inerente ao ser humano, distinguindo-o como indivíduo, e que o faz detentor de um complexo de direitos e deveres, tanto individuais como coletivos.

O autor também faz uma crítica à busca da efetivação do mínimo existencial com base nesse mesmo princípio, fazendo alusão a Milton Friedman, quando este afirma que não existe almoço grátis:

Se se quer que o Estado seja obrigado a proporcionar a cada um dos seus súditos existência mínima, cientes de que o Estado não produz riquezas, ter-se-á de concluir obrigatoriamente que tal conteúdo existencial mínimo que se quer consectário do princípio da dignidade da pessoa humana haverá de ser extraído de alguém; talvez de alguém que esteja ou que já esteve em condições materiais semelhantes ou piores do que o Estado teria a obrigação de auxiliar, obrigação que voluntariamente quer assumir.

De qualquer forma, e é justamente aqui que se quer chegar: a dignidade da pessoa humana não passa de um tópico da retórica constitucional, mero lugar-comum



da argumentação jurídica, pois ninguém sabe ao certo o que quer dizer.

É com base nessas ideias que Franco toma o princípio da dignidade da pessoa humana como sendo algo utilizado pelos intérpretes para deixar de dar aos fatos as consequências que vêm previstas em lei. O ativismo judicial, assim, assumiria uma faceta danosa e voltada para a insegurança jurídica.

Em que pese os argumentos que tratam da questão orçamentária, um limite fático com o qual o Estado é obrigado a lidar ao fazer as “escolhas trágicas”, ocorre que, no que tange ao tratamento do câncer, com a edição da Lei 12.732/12 a cirurgia, medicamentos quimioterápicos e radioterapia são, pelo próprio legislador, reconhecidos como direitos públicos subjetivos, diretamente vinculados ao núcleo essencial do direito à saúde.

7 A JURISPRUDÊNCIA A RESPEITO DO DIREITO À SAÚDE E ÀS MEDICAÇÕES

O Supremo Tribunal Federal pronunciou-se sobre o tema em diversos recursos extraordinários. Veja-se um exemplo:

E M E N T A: PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA – NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO (STF, RE 716777 AgR / RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julg. 27/02/2013, DJe-044 DIVULG 06/03/2013 PUBLIC 07/03/2013).



O ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF 45, assim se manifestou, num contexto de implementação de políticas públicas pelo Judiciário (Informativo 345 do Supremo Tribunal Federal):

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (...) É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Essa ADPF foi paradigmática. O direito à saúde tem sido, cada vez mais, considerado pelo Poder Judiciário como um direito público subjetivo. Assim, há decisões várias no sentido de concessão de medições, aplicando-se diretamente a letra da Constituição, sem que haja a necessidade de norma infraconstitucional para tal. Observa-se, assim,



que o mínimo existencial escapa à mencionada teoria da reserva do possível.

O que o STF tem considerado é que deve haver a condenação solidária dos entes federativos às prestações materiais em termos de direito à saúde. Levantam-se vozes no sentido de que o Judiciário não poderia imiscuir-se na competência dos outros dois Poderes. Essa é a crítica voltada ao neoconstitucionalismo.

É o próprio papel do Poder Judiciário efetivar os direitos sociais quando houver omissão do Executivo e Legislativo. É óbvio que deve haver o registro dos medicamentos na ANVISA; deve ser observado o princípio da proporcionalidade; tratamentos experimentais não devem ser deferidos.

Muitas vezes o Poder Executivo deixa de fornecer os medicamentos sem que apresente prova da impossibilidade financeira. É aí que cabe a atuação do Judiciário, quando acionado (inafastabilidade da jurisdição, art. 5º, XXXV). O intérprete da Constituição acaba por chegar à conclusão de que não há nenhuma subversão de competências.

No STJ, no RMS 23184/RS, produziu-se o seguinte entendimento:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUS. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO, PELO ESTADO, À PESSOA HIPOSSUFICIENTE PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. OBRIGATORIEDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 515, §3º, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EFETIVIDADE. AFASTAMENTO DAS DELIMITAÇÕES. PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL. ARTS. 5º, 6º, 196 E 227 DA CF/1988. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR E DO COLENDO STF.

1. A proteção do bem jurídico tutelado (vida e saúde) não pode ser afastada por questões meramente formais, podendo o Secretário de Estado da Saúde figurar no pólo passivo de ação mandamental objetivando o



fornecimento de medicamento à hipossuficiente, portadora de doença grave (hepatite B crônica).

2. A necessidade de dar rápido deslinde à demanda justifica perfeitamente o julgamento da ação pelo mérito. O art. 515, §3º, do CPC permite, desde já, que se examine a matéria de fundo, visto que a questão debatida é exclusivamente de direito, não havendo nenhum óbice formal ou pendência instrumental para que se proceda à análise do pedido merital. Não há razão lógica ou jurídica para negar à esta Corte Superior a faculdade prevista pelo aludido dispositivo legal. Impõe-se, para tanto, sua aplicação. Inexistência de supressão de instância.

3. “Uma vez conhecido o recurso, passa-se à aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257, RISTJ e também em observância à regra do §3º do art. 515, CPC, que procura dar efetividade à prestação jurisdicional, sem deixar de atentar para o devido processo legal” (REsp nº 469921/PR, 4ª Turma, DJ de 26/05/2003, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

4. Os arts. 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e consequências que possam acarretar a não-realização.

5. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa carente, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte.

6. O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível.

7. Pela peculiaridade do caso e em face da sua urgência, hão de se afastar as delimitações na efetivação da medida sócio-protetiva pleiteada, não padecendo de ilegati-



lidade a decisão que ordena à Administração Pública a dar continuidade a tratamento médico.

8. Legitimidade ativa do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de pessoa pobre.

9. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF.

10. Recurso provido (STJ), RMS 231184/RS, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2006/0259093-6, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, Julgado em 27 - 2 - 2007, publ. DJ 19 - 3 - 2007, p. 285).

O Supremo Tribunal Federal entende pela prevalência do direito à vida e à saúde, mas há decisões em sentido contrário, a exemplo do Pedido de Suspensão de Antecipação de Tutela Antecipada nº 91/2007, no qual a relatora, ministra Ellen Gracie, reconheceu que haveria lesão à ordem pública na situação de o Estado de Sergipe fornecer medicamentos que não constassem no Programa de Medicamentos Excepcionais e de Alto Custo.

Porém, como prevalece a tese da efetividade máxima das normas constitucionais, ou seja, da concessão dos medicamentos às pessoas desprovidas de condições de arcar com os altos custos do tratamento, a conclusão a que se chega é que o paciente tem direito à concessão do bem da vida pleiteado, garantindo-se, assim, a dignidade da pessoa humana e o núcleo essencial do direito à saúde, respeitados os princípios da razoabilidade e eficiência. A reserva do possível encontra limite justamente no mínimo existencial. Lembre-se que tratamentos experimentais não estão abrangidos nessa tutela.

Wilson Donizeti Liberati, sobre o assunto, assim se manifesta (2013, p. 125):

Ou seja, a posição do STF é clara ao decidir que na ponderação entre o direito à saúde, ligado ao direito à vida, e questões de natureza financeira, o direito à saúde deve preponderar sobre as questões de suporte financeiro. Todavia, não se pode dizer simplesmente, que os recursos financeiros são “interesse secundário do Estado”, porque sem eles os direitos sociais não poderiam ser exercitados. Na verdade, todos os direitos fundamentais sociais dependem de recursos financeiros do Estado para serem colocados à disposição das pessoas, para serem usufruídos.



Os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais primam pela prevalência do direito à saúde e da vida sobre a alegação da reserva do possível. **É preciso notar que, muitas vezes, o Estado procura de escusar de uma responsabilidade sua, alegando a escassez de recursos, mas faz isso de forma genérica, não apresentando estudos nem relatórios que possam provar o impacto financeiro do fornecimento do medicamento ao paciente.**

Veja-se um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. TEMODAL. TRATAMENTO DE GLIOMA DE ALTO GRAU. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO PARANÁ, FACE À SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. EXISTÊNCIA DE CACON - CENTRO DE ALTA COMPLEXIDADE EM ONCOLOGIA QUE NÃO AFASTA A RESPONSABILIDADE DO ESTADO. TRATAMENTO NÃO REGISTRADO NA TABELA DE PROCEDIMENTOS DO SUS. IRRELEVÂNCIA. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E SAÚDE. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. DEVER DO ESTADO. REGRAS BUROCRÁTICAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE NÃO SE SOBREPÕEM AO PRINCÍPIO DA “DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA”. MEDICAMENTO PRESCRITO POR PROFISSIONAL MÉDICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA E DESPROVIDA DE RECURSOS FINANCEIROS PARA CUSTEAR O TRATAMENTO. APELAÇÃO CÍVEL DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO (TJPR, Conflito de Jurisdição 9556010, Relator Guido Döbeli, julg. 30 - 04 - 2013, 4ª Câmara Cível).

Veja-se, ainda, decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO. LAUDOS MÉDICOS. COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DO MEDICAMENTO. TEMOZOLOMIDA (TEMODAL). PORTADORA DE GLIOBASTOMA MULTIFORME (CID-10 C 71). MEDICAMENTO NÃO CONSTAN-



TE DE PROGRAMA PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. ART. 196 DA CF/88 INQUESTIONÁVEL DEVER DO ESTADO. AGTR PROVIDO.

1. O presente recurso tem por objetivo reformar a decisão agravada que deferiu parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para que a União e o Estado do Rio Grande do Norte inscrevam a autora em programa de atendimento especializado e integral a neoplasia maligna de alto grau ofertado por qualquer dos hospitais integrantes de sua Rede de Atenção Oncológica, sob pena de multa diária que fixo em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

2. A União tem legitimidade para integrar o polo passivo nas ações, que buscam, junto ao Poder Público, a obtenção de medicamentos inacessíveis à portadores de doenças em razão de hipossuficiência.

3. O Laudo Médico juntado aos autos atesta a gravidade da doença que acomete a agravante e a imprescindibilidade do medicamento prescrito, haja vista que é portadora de GLIOBASTOMA MULTIFORME, enfermidade catalogada no CID-10 sob o código C 71. Em resposta as perguntas efetuadas pela DPU a médica que acompanha a paciente relatou o Glioblastoma Multiforme é uma doença de sobrevida curta. Acrescentou, ainda, que a paciente necessita fazer uso do medicamento TEMOZOLOMIDA (TEMODAL), pois é o medicamento mais indicado para o estágio desta doença, não existindo similar ou genérico do TEMODAL no Brasil. Informa que o medicamento TEMOZOLAMIDA apresenta ganho de sobrevida curto, porém melhora a sobrevida livre de progressão dando melhor qualidade de vida à paciente. Informou ainda que o medicamento tem registro na ANVISA que não há outra opção terapêutica semelhante disponível.

4. É obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves, como acontece no caso em apreciação. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a estes entes a efetivação do tratamento.



5. Agravo de instrumento provido (TRF5, AG 8015445720134050000, Rel. Desembagador federal Manoel Erhardt, julg. 23 - 01 - 2014, Primeira Turma).

Em outro julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, pode-se ler a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. TEMODAL (TEMOZOLOMIDA). AGRAVO RETIDO E APELAÇÕES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APRECIÇÃO EQUITATIVA. DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO ESTADO DO CEARÁ E DA UNIÃO. PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. EXISTÊNCIA. IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO. PONDERAÇÃO. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E RESERVA DO POSSÍVEL.

1. Trata-se de remessa oficial e apelações do particular, da União e do Estado do Ceará, da sentença que julgou procedente o pedido, confirmando a antecipação de tutela que condenou a União, o Estado do Ceará e o Município de Limoeiro do Norte/CE ao fornecimento ao autor do medicamento TEMODAL (TEMOZOLOMIDA), na dosagem e regularidade prescrita, sob pena de bloqueio de verbas públicas, ainda que com dispensa de licitação para a aquisição do medicamento.

2. Pretende o particular/recorrente que a fixação seja majorada para o percentual mínimo de 10% sobre o valor da causa fixado em R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

3. O julgador agiu bem ao fixar a condenação, consoante o parágrafo 4º, do art. 20 do CPC, consoante apreciação equitativa, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo 3º, do mesmo artigo. Precedente: AgRg no AREsp 212.676/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 25/09/2012. Ademais, a matéria discutida é de fácil deslinde, além de não implicar na necessidade excessiva de tempo a ser desprendido pelo causídico.



4. É de se reconhecer a responsabilidade solidária entre os entes da federação, consoante previsão do art. 196 da Constituição Federal, não havendo qualquer restrição quanto à responsabilidade quando se tratar de tratamento oncológico. Precedente desta Corte: APELREEX 00007735420124058308, Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data:19/12/2012 - Página:616. Preliminares de ilegitimidade passiva da União e do Estado do Ceará.

5. Existe a verossimilhança do direito invocado, além da possibilidade de dano irreparável, notadamente quando o direito pleiteado diz respeito à vida, acham-se presentes os pressupostos para a concessão da tutela antecipada.

6. Inequívoca a verossimilhança, e a possibilidade de dano irreparável, o perigo da irreversibilidade deverá ser analisado pelo julgador, na situação concreta, de modo a que este, valendo-se da necessária proporcionalidade, possa ponderar sobre o interesse mais relevante à efetividade da tutela e a dignidade humana e assim, se o caso, sacrificar possível irreversibilidade em homenagem à efetividade de uma ordem jurídica justa.

7. Afasta-se a alegada ausência de interesse de agir, pelo fato de as questões oncológicas estarem a cargo dos CACON's. Essa situação reforça, ainda mais, a procedência da pretensão ao tratamento dispensado à autora, diante da gravidade da doença.

8. O princípio da separação dos poderes não pode ser invocado como óbice à realização dos direitos sociais. Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010.

9. A reserva do possível não pode ser invocada com o intuito de fraudar, frustrar ou mesmo inviabilizar a implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas, por encontrar insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial. Precedente do STF: ARE 639337 AgR, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125.



10. Consoante restou consignado na sentença recorrida: “No caso dos autos, o autor foi submetido à cirurgia para retirada de um tumor cerebral, sendo-lhe recomendada como tratamento eficaz a administração do quimioterápico TEMODAL (temozolamida), indicado como o único medicamento comprovado capaz de tratar os pacientes com esse tipo de patologia, não disponibilizado através do Sistema Único de Saúde - SUS, como relatado pelo médico oncologista do Instituto do Câncer do Ceará, instituição em referência neste tipo de tratamento (fl. 21).” 11. Preliminares rejeitadas, agravo retido, apelações e remessa oficial improvidos (TRF5, REEX 827920124058101, julg. 03/12/2013, Órgão Julgador: Quarta Turma, Publicação: 05/12/2013).

8 A LEI 12.732/12 E O EFEITO *CLIQUE*T

A Lei 12.732/12, que contém cinco artigos, trouxe a seguinte redação:

Art. 1º O paciente com neoplasia maligna receberá, gratuitamente, no Sistema Único de Saúde (SUS), todos os tratamentos necessários, na forma desta Lei.

Parágrafo único. A padronização de terapias do câncer, cirúrgicas e clínicas, deverá ser revista e republicada, e atualizada sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico e à disponibilidade de novos tratamentos comprovados.

Art. 2º O paciente com neoplasia maligna tem direito de se submeter ao primeiro tratamento no Sistema Único de Saúde (SUS), no prazo de até 60 (sessenta) dias contados a partir do dia em que for firmado o diagnóstico em laudo patológico ou em prazo menor, conforme a necessidade terapêutica do caso registrada em prontuário único.

§ 1º Para efeito do cumprimento do prazo estipulado no caput, considerar-se-á efetivamente iniciado o primeiro tratamento da neoplasia maligna, com a realização de terapia cirúrgica ou com o início de radioterapia ou de quimioterapia, conforme a necessidade terapêutica do caso.



§ 2º Os pacientes acometidos por manifestações dolorosas consequentes de neoplasia maligna terão tratamento privilegiado e gratuito, quanto ao acesso às prescrições e dispensação de analgésicos opiáceos ou correlatos.

Art. 3º O descumprimento desta Lei sujeitará os gestores direta e indiretamente responsáveis às penalidades administrativas.

Art. 4º Os Estados que apresentarem grandes espaços territoriais sem serviços especializados em oncologia deverão produzir planos regionais de instalação deles, para superar essa situação.

Art. 5º Esta Lei entra em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.

A lei significou o reconhecimento pelo legislador infraconstitucional de que o direito a tratamentos cirúrgicos, radioterápicos e aos medicamentos quimioterápicos está diretamente relacionado ao mínimo existencial. Assim, uma vez conquistado um certo patamar de direitos, não poderá o administrador nem o próprio legislador retroceder (voltar atrás), sem que haja as devidas medidas compensatórias. Tal fato configura aquilo que se denomina vedação do retrocesso social ou *efeito cliquet* dos direitos sociais.

Trouxe ainda a imprescindível previsão do prazo de 60 dias, contados a partir da data do diagnóstico, para que seja iniciado o tratamento. Ora, o câncer é uma doença que se alastra rapidamente, não podendo aguardar a boa vontade da Administração na prestação dos serviços públicos.

Cláudia Maria da Costa Gonçalves (2006, p. 199) leciona:

É importante lembrar que o princípio em tela é, acima de tudo um avanço na busca de patamares mais justos e dignos de vida material. A proibição de retrocesso impede que direitos sociais já disciplinados e garantidos pela legislação infraconstitucional e implementados através de ações e programas de políticas sociais sejam, ao alvedrio dos Poderes Públicos, extintos, configurando o vácuo do direito (...).

O *efeito cliquet* está ligado à ideia de segurança jurídica. A valorização da dignidade da pessoa humana em um Estado Democrático de



Direito conduz a essa conclusão. Deve ser mantido o nível de realização legislativa do direito fundamental. O retrocesso sem medidas compensatórias significaria desrespeito à proporcionalidade – sendo possível compreender proporcionalidade como vedação de insuficiência (*Untermassverbot*).

Alicia E. C. Ruiz (2008, p. 47-48) menciona as Diretrizes de Maastricht, um Tratado assinado em 7 de fevereiro de 1992 pelos membros da Comunidade Europeia, ressaltando a importância do princípio da proibição do retrocesso:

Toda medida que suponha retroceso exige una cuidadosa consideración. Las Directrices de Maastricht suministran un buen número de parámetros para definir casos en los que uno o más derechos sociales han sido violados. Así mencionan: la anulación o suspensión de cualquier legislación necesaria para el ejercicio de un derecho, la aprobación de legislación o políticas incompatibles con obligaciones legales preexistentes relativas a esos derechos salvo que tiendan a aumentar la igualdad o mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables, la adopción de cualquier medida intencionalmente regresiva y que reduzca la protección de cualquiera de estos derechos, la obstaculización o interrupción intencional de la realización progresiva de un derecho, salvo cuando el Estado actúa en el marco de una limitación estipulada en el Pacto, ante la falta de recursos disponibles o bien en casos de fuerza mayor.

Para arrematar o assunto, mencione-se que a Portaria 876 de 16 de maio de 2013 do Ministério da Saúde dispõe sobre a aplicação da Lei 12.732/12.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se concluir que a questão orçamentária de fato é de extrema relevância, vez que os cofres públicos são diretamente afetados pelas decisões judiciais que implicam concessões de medicamentos. Porém, tal questão não pode prevalecer sobre o mínimo existencial dos cidadãos.

No Supremo Tribunal Federal prevalece a tese da efetivação do direito social à saúde mesmo diante da reserva do possível. A reserva do



possível encontra limite no mínimo existencial. **É por meio do Poder Judiciário que muitos pacientes conseguem sobreviver a diversos tipos de doenças, pois não conseguem a efetivação do núcleo essencial do direito à saúde por meio de políticas públicas que deveriam ser implementadas pelos demais Poderes.**

A Lei 12.732/12 veio assegurar direitos públicos subjetivos aos pacientes portadores de câncer, garantindo todos os tratamentos necessários ao controle da doença. Qualquer medida que lese direitos pode dar ensejo à atuação da Defensoria Pública, do Ministério Público, ou do paciente em sua iniciativa privada.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

AMARAL, Gustavo; MELO, Daniele. *Há direitos acima dos orçamentos?*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível.”* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 79-99.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Serviços Públicos e Direitos Fundamentais*. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARANGO, Rodolfo. *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. 1ª ed. Bogotá: Legis, 2005.

ASENSI, Felipe Dutra. *Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: Perspectivas e desafios*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coordenadores). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 85-110.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, UadiLammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CIARLINI, AlvaroLuis de A. S.. *Direito à Saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COCURUTTO, Ailton. *Os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social*. São Paulo: Malheiros, 2010.

CONTO, Mário de. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde no Brasil: Principais Aspectos e Problemas*. In: RÉ, Aluísio IunesMonti (org.). *Temas Aprofundados da Defensoria Pública*. Salvador: JusPodivum, 2013, p. 111-146.

FRANCO, Tiago Bana. *Ativismo Judicial: a desarrazoada busca do razoável*. In: FARAH, Elias (coord.). *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo ano 16 n° 32*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 53ª ed. México: Porrúa, 2002.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos Fundamentais Sociais: releitura de uma constituição dirigente*. Curitiba: Juruá, 2006.

GOTTI, Alessandra. *Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade Vol. II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.



HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los Derechos Fundamentales*. Madri: Editorial Tecnos, 2011.

LUPION, Ricardo. *O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível."* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 311-324.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.



NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madri: Editorial Tecnos, 2011.

RUIZ, Alicia E. C.. *La realización de los derechos sociales em um Estado de Derecho*. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso *et al* (org.). *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível.”* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 311-324.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível.”* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 63-78.

WANG, Daniel WeiLiang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível.”* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 349-371.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia*. 10ª ed. Madrid: Trotta, 2011.

